

El principio del interés superior del menor y la seguridad jurídica en la concesión de la detención domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia en la Justicia Penal Castrense

Juan Carlos Rincón Galvis
3000957

Dr. Jaime Sandoval Mesa
Tutor

Como opción al grado de Máster en Derecho Procesal Penal



Universidad Militar "Nueva Granada"
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Procesal Penal
Bogotá D.C.
2020

El principio del interés superior del menor y la seguridad jurídica en la concesión de la detención domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia en la Justicia Penal Castrense

The principle of the best interests of the child and legal certainty in the granting of house arrest to the mother or father head of the family in the Criminal Castrense Justice

Juan Carlos Rincón Galvis¹

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se identificó que la negación de aplicar a favor de la madre o padre de cabeza de familia de la institución jurídica de la detención domiciliaria en la jurisdicción penal militar, a razón de la ausencia de esta medida sustitutiva en el digesto punitivo castrense (leyes 522, 1999 y 1407, 2010), puede en su caso vulnerar derechos fundamentales de interés superior como los derechos de los niños y el derecho de la familia, es por ello que desde el ámbito o teoría del Test de Proporcionalidad del maestro Robert Alexis -*ley de precedencia condicional*-, y sus respectivos sub principios (la idoneidad, necesidad y proporcionalidad) se logró sopesar los interés que se encontraban en juego, y se determinó que debía privilegiarse el interés superior del menor y concederse esta medida sustitutiva de la detención preventiva, por encima de la libertad de configuración legislativa y la especialidad del derecho militar.

Palabras claves: Interés superior menor, libertad configuración legislativa, detención domiciliaria, seguridad jurídica

¹ Abogado. Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Cooperativa de Colombia y Especialista en Derechos Humanos y Conflictos Armados del Centro de Educación Militar. Juez de Instrucción Penal Militar.

Abstract

In this research work, it was focused on the fact that the denial that exists to apply in favor of the mother or father of the head of the family of the legal institution of home detention in the military criminal jurisdiction, due to the absence of this substitute measure In the military punitive digest (laws 522, 1999 and 1407, 2010), it may violate fundamental rights of superior interest such as the rights of children and the right of the family, that is why from the scope or theory of the Test of Proportionality of the teacher Robert Alexis -conditional precedence law-, and their respective sub-principles (suitability, necessity and proportionality) it was possible to weigh the interests that were at stake, and it was determined that the best interests of the minor should be privileged and granted this substitute measure for preventive detention, above the freedom of legislative configuration and the specialty of military law.

Key words: Interest higher minor, freedom legislative configuration, home detention, legal certainty

ÍNDICE

Resumen	2
Introducción.....	6
Descripción del Problema.....	9
Justificación de la Investigación.....	12
Pregunta de Investigación.....	14
Metodología.....	15
Objetivos.....	17
Objetivo General.....	17
Objetivos Específicos	17
Circunstancias de la no aplicación de la institución de la seguridad jurídica en la detención domiciliaria en la justicia penal castrense.	18
Antecedentes de la Detención Domiciliaria en el Derecho Procesal Penal Colombiano.	18
Noción de la detención domiciliaria.	20
Descripción jurídica de la inaplicación de la detención domiciliaria en la jurisdicción penal castrense.	21
Fundamento constitucional de la inaplicación de la detención domiciliaria en la jurisdicción castrense.	23
Ruta constitucional hacia la aplicación de la detención domiciliaria en la jurisdicción castrense.	28
Supremacía del interés superior del menor para la seguridad jurídica en la aplicación efectiva de la detención domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia en la justicia penal militar.	32
Concesión de la detención domiciliaria a la Madre o Padre cabeza de familia.	32
Supremacía del Principio del Interés Superior del menor.	33

El principio de la seguridad jurídica en la aplicación efectiva de la detención domiciliaria a la madre o padre de cabeza de familia en la justicia penal castrense.....	34
Preponderancia del principio del interés superior del menor para la aplicación de la detención domiciliaria a favor de la madre o padre cabeza de familia.	40
Test de proporcionalidad la necesidad de la prevalencia del interés superior del menor en la aplicación efectiva de la detención domiciliaria a la madre o padre de cabeza de familia en la justicia penal castrense.	45
Test de proporcionalidad e interés superior del menor.	45
Conclusiones.....	54
Referencias	57

INTRODUCCIÓN

La detención domiciliaria es una institución jurídica que tuvo su desarrollo en los Estados garantistas, cuyo fin primordial es la humanización de las medidas de aseguramiento, la minimización de la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la reducción de la intervención Estatal en la esfera de la libertad, este propósito teleológico del mecanismo sustituto de la detención preventiva, ha conllevado a que el derecho procesal penal se haya alineado a los valores, principios y derechos fundamentales de la constitución política de 1991.

Sin embargo, a pesar de la evolución de nuestro sistema procesal penal colombiano todavía hallamos algunas normas que se encuentran arraigadas a sistemas medievales, es el caso de la proscripción en la justicia penal militar de la figura jurídica de la detención domiciliaria a favor de la madre o padre cabeza de familia, pues no ha sido incluida por el legislador en los digestos punitivos castrenses (leyes 522, 1999 y 1407, 2010), cimentando su decisión en razones de política criminal, libertad de configuración legislativa y la especialidad del derecho penal militar.

Esta negación de aplicar a favor de la madre o padre de cabeza de familia de la mencionada institución jurídica, puede en su caso vulnerar derechos fundamentales de interés superior como los derechos de los niños y el derecho de la familia, los cuales han sido catalogados como base del Estado Social de Derecho, *verbi gratia*, véase como la misma constitución política en su artículo 44 señala que los niños deberán ser protegidos contra toda forma de abandono.

Por ese mismo sendero, la Honorable Corte Constitucional ha indicado en innumerables sentencias la primacía del interés superior de los niños y ha catalogado a la familia como base de la sociedad, es así entonces, que si bien es cierto el Estado ostenta el poder punitivo –*ius puniendi*-, debe en algunos casos ceder su política criminal a los intereses del menor, el cual puede sentirse afectado por la imposición de una medida cautelar que recaiga en la madre o padre cabeza de familia.

Por otro lado, hay múltiples providencias de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar, en las cuales dan cuenta, que el derecho penal militar es una norma especial y sus delitos conllevan una infracción grave a los deberes relacionados con la disciplina y el servicio los cuales se encuentran obligados los militares, por ende, el legislador le dio un plus de antijuridicidad excluyéndolo de los beneficios o subrogados penales, como es en el caso presente la detención domiciliaria.

Esta determinación jurisprudencial puede en su caso vulnerar derechos fundamentales de los niños y de la familia, sobreponiendo intereses generales como la disciplina y el servicio, a consta de intereses constitucionales y convencionales, sin que se pudiera detectar un estudio juicioso de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad para la inaplicación de la detención domiciliaria a favor de la madre o padre cabeza de familia en la justicia penal militar.

Esta problemática ha impedido a los operadores jurídicos castrenses aplicar la institución jurídica de la detención domiciliaria a la madre o padre de cabeza de familia, a pesar de que esta figura está regulada en el código procesal penal ordinario (art. 314 CPP, 2004), esta falta de regulación legislativa en el código penal militar ha puesto en juego la protección, bienestar y cuidado de los menores y en sí misma la institución de la familia.

Es aquí donde subyace la encrucijada en el operador judicial castrense de no aplicar la detención domiciliaria o aplicarla utilizando la figura jurídica del principio de integración (art. 14 ley 1407, 2010) para salvaguardar derechos fundamentales no de la madre o padre de cabeza de familia sino derechos constitucionales superiores como el de los niños.

Es así entonces, que mediante la teoría *-ley de precedencia condicional-*, del maestro Robert Alexis, se sopesará los intereses que se encuentran en juego, verificando en el asunto sub judice, el fin constitucionalmente legítimo, la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad, para constatar que principios o derechos fundamentales preceden, es decir, el principio del interés superior de los menores y la familia o la especialidad del derecho penal militar y la libertad de configuración legislativa.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La constitucionalización del derecho procesal penal y la aplicación en el derecho colombiano de tratados y convenios de carácter internacional referente a derechos humanos mediante el mecanismo del bloque de constitucionalidad (art. 93 CN, 1991), han puesto en tela de juicio que la negación de aplicar a favor de la madre o padre de cabeza de familia de la institución jurídica de la detención domiciliaria como sustitutiva de la detención preventiva en la justicia penal militar, puede en su caso vulnerar derechos fundamentales de interés superior como los derechos de los niños y el derecho de la familia.

La causa de esta problemática yace en la ausencia de esta medida sustitutiva de la detención preventiva en el digesto punitivo castrense (leyes 522, 1999 y 1407, 2010) a razón de la especialidad del derecho militar y la libertad de configuración legislativa, la cual impide de primera mano aplicar la detención domiciliaria a la madre o padre de cabeza de familia, a pesar que precedida institución jurídica si se encuentra configurada en el derecho procesal penal ordinario (art. 314 ley 906, 2004), esta falta de regulación en el canon castrense puede flagrantemente lesionar derechos fundamentales de los menores de edad y de la familia como base de la sociedad.

El Honorable Tribunal Superior Militar en la providencia con radicado 158043, 2014, ha señalado que la justicia penal militar es autónoma e independiente, y como tal cuenta con un régimen punitivo especial que regula sus propias instituciones.

En ese mismo sentido, se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia Sentencia T-28840, 2006 “la inclusión o no de la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria en la legislación penal militar, es un asunto que corresponde decidir

única y exclusivamente al legislador en los términos del artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución, mas no al Juez de tutela y menos por la vía de la integración”.

Esta situación ha generado en los operadores judiciales castrenses algunas contradicciones si aplicar o no el mecanismo de la detención domiciliaria, ya que si bien es cierto dicho mecanismo no es regulado en el canon castrense, también es cierto que se encuentra en juego intereses superiores como la protección, bienestar y cuidado de los niños menores de edad, personas incapacitadas o en sí de la misma institución de la familia.

Nótese como la Constitución Política de Colombia (art. 44 CN, 1991) sobrepone los derechos de los niños de los demás derechos de los ciudadanos, en igual forma, también ha catalogado a la familia como base de la sociedad, es aquí donde el operador judicial encuentra una encrucijada de no aplicar la detención domiciliaria o aplicarla utilizando la figura jurídica del principio de integración (art. 14 ley 1407, 2010) para salvaguardar derechos fundamentales no de la madre o padre de cabeza de familia sino derechos constitucionales superiores como el de los niños.

La Honorable Corte Constitucional ha sido enfática en indicarle a las autoridades públicas que toda medida que involucre los derechos de los niños se debe tener una consideración primordial a que se atenderá siempre el interés superior del menor (sentencia T-200, 2014), es decir, continuamente se debe buscar la preservación y protección de los menores.

Son precisamente estas limitaciones legales y jurisprudenciales que conllevan a hacerse el siguiente interrogante de investigación: ¿Cómo influye la prevalencia del interés superior del menor en la seguridad jurídica para la aplicación efectiva de la detención domiciliaria a la madre o padre de cabeza de familia en la Justicia Penal Castrense?

La formulación del problema aquí planteado tiene su importancia frente a los intereses que se encuentran en juego, por un lado los derechos de los niños y de la familia, los cuales no solo se encuentran en la normatividad interna sino también a la luz de los nuevos intereses internacionales, como la convención sobre los derechos de los niños, donde se privilegian como sujetos de protección especial, en igual forma, al otro lado se halla la especialidad de la normatividad castrense y la libertad de configuración legislativa, es aquí donde se presenta los riesgos que debe enfrentar los jueces penales militares, en sopesar que interés es el que prima.

Como es bien sabido el Estado Colombiano está en la obligación de reacomodar su normatividad, a la normatividad internacional, en ese orden de ideas, las leyes de la Republica deben interpretarse acorde con la constitución y los convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad, es allí donde el operador judicial debe reposar, y verificar que normatividad debe aplicar al caso sub examine, con el fin haya una seguridad jurídica.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación se enfocará en primera medida en analizar los presupuestos legales y jurisprudenciales de la inaplicación de la institución jurídica de la detención domiciliaria a favor de la madre o padre cabeza de familia en la justicia penal militar colombiana, situación que ha generado incertidumbre en los operadores jurídicos castrenses, pues mencionada decisión legislativa en su caso puede vulnerar derechos fundamentales de interés superior como los derechos de los niños y el derecho de la familia.

Esta problemática ha surgido por la ausencia de esta medida sustitutiva de la detención preventiva en los digestos punitivos castrenses (leyes 522, 1999 y 1407, 2010) a razón de la especialidad del derecho penal militar y la libertad de configuración legislativa, la cual impide aplicar la detención domiciliaria a la madre o padre de cabeza de familia, a pesar de que precedida institución jurídica si se encuentra configurada en el derecho procesal penal ordinario (art. 314 ley 906, 2004).

Es por ello que la importancia jurídica y social del tema bajo análisis, es que se ha generado en los operadores judiciales castrenses algunas contradicciones si aplicar o no el mecanismo de la detención domiciliaria, ya que si bien es cierto dicho mecanismo no es regulado en el canon marcial, también es cierto que se encuentra en juego intereses superiores como la protección, bienestar y cuidado de los niños menores de edad, personas incapacitadas o en sí la misma institución de la familia.

Nótese como la Constitución Política de Colombia (art. 44 CN, 1991) sobrepone los derechos de los niños de los demás derechos de los ciudadanos, en igual forma, también ha catalogado a la familia como base de la sociedad, es aquí donde el operador judicial encuentra una encrucijada de no aplicar la detención domiciliaria o aplicarla utilizando la figura jurídica

del principio de integración (art. 14 ley 1407, 2010) para salvaguardar derechos fundamentales no de la madre o padre de cabeza de familia sino derechos constitucionales superiores como el de los niños.

Del mismo modo, se explicará al lector las consecuencias que conlleva en sobreponer el derecho penal especial militar y la libertad de configuración legislativa, en contra de los derechos fundamentales de los menores, así mismo la inseguridad jurídica que trae esta decisión legislativa de no aplicar una figura jurídica que podría proteger interés nacionales e internacionales, pues no solo se está afectando derechos fundamentales pilares de la sociedad, sino también la certeza y garantía que tiene todas las personas residentes en un país, de que todo el sistema jurídico del Estado se alinee con la normatividad internacional, específicamente con la convención sobre los derechos de los niños.

Es así entonces, el aporte jurídico que se buscará en el presente trabajo es darle las herramientas constitucionales y convencionales a los operadores jurídicos castrenses, para que estos al momento de estudiar si aplican o no la figura de la detención domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia, no solo verifiquen las normas penales militares, sino también realicen una transversalidad con los tratados internacionales y la constitución política, así como el análisis de la teoría del test de proporcionalidad del gran doctrinante Robert Alexis *-ley de precedencia condicional-*, con el fin sopesen que intereses se encuentran en juego en el asunto sub judice, mediante la verificación del fin constitucionalmente legítimo, la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo tiene la siguiente pregunta de investigación ¿Cómo influye la prevalencia del interés superior del menor en la seguridad jurídica para la aplicación efectiva de la detención domiciliaria a la madre o padre de cabeza de familia en la Justicia Penal Castrense?

METODOLOGÍA

La formación que soportó el presente estudio fue desde un tipo de investigación jurídica y con un alcance descriptivo; por otro lado, su perspectiva fue desde el ángulo funcionalista, ya que dependió no solo de la funcionalidad de las estructuras internas (orden jurídico) al tema asumido, sino también de la relación de las estructuras externas (orden social) en un tejido social donde se materializan.

Adicional a lo antecedido, es necesario resaltar que el enfoque investigativo o paradigma metodológico utilizado fue cualitativo y con un método de análisis y síntesis, así mismo la unidad de análisis se fundamentó en las sentencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar, y su correspondiente comparación entre las leyes 522/1999, 1407/2010 y 906/2004; de otro lado se utilizó un análisis de información y como fuentes las sentencias de tutela con radicado 28840/2006 y 29501/2007 de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y las providencias 144042/2006, 154217/2007, 155582/2009, 155214/2011, 157277/2012, 157815/2013, 153591/2014 y 149650/2014 del Tribunal Superior Militar.

Es indispensable destacar en este punto, que para el caso sub examine se validó o justificó la técnica fue desde el ámbito de la validez, y tomaremos como nuestro los planteamientos del profesor Jaime Williams B, el cual utiliza como instrumento la axiología jurídica, y donde recalca la suma importancia teórico-práctica de identificar los valores jurídicos, y que el derecho no se da ni en la vida de relación suprahumana, ni tampoco en aquella que le está por debajo, en otras palabras, que la mera racionalidad no es por sí misma el motivo determinante en el emerger del derecho.

Por otra lado, la herramienta o brecha metodológica que se manejó fue el Test de Proporcionalidad de Robert Alexis (Funcionalista) *-ley de precedencia condicional-*, donde se sopesó los interés que se encontraban en juego, y se verificó así mismo, el fin constitucionalmente legítimo, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad; el Test de Proporcionalidad es utilizado cuando existen principios o derechos fundamentales en conflicto, que para el caso de marras, se hallaban en colisión normas de carácter de principio como eran el interés superior del niño y el derecho a la familia y en la otra esquina el principio democrático de la libertad de configuración legislativa y especialidad de la normatividad castrense; y por último el proceso en que transcurre el problema es la fijación de la detención domiciliaria a favor de la madre o padre de familia en la justicia penal militar.

OBJETIVOS

Igualmente encontramos el sistema de objetivos el cual se halla estructurado con un objetivo general y tres objetivos específicos

Objetivo General

Exponer con base en el test de proporcionalidad la necesidad de la prevalencia del interés superior del menor para el logro de la seguridad jurídica en la detención domiciliaria de la madre o padre cabeza de familia en la Justicia Penal Castrense.

Objetivos Específicos

- Describir las circunstancias de la no aplicación de la institución de la seguridad jurídica en la detención domiciliaria en la justicia penal castrense.
- Comprender la supremacía del interés superior del menor para la seguridad jurídica en la aplicación efectiva de la detención domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia en la justicia penal militar.
- Describir con base en el test de proporcionalidad la necesidad de la prevalencia del interés superior del menor en la aplicación efectiva de la detención domiciliaria a la madre o padre de cabeza de familia en la justicia penal castrense.

CIRCUNSTANCIAS DE LA NO APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA DETENCIÓN DOMICILIARIA EN LA JUSTICIA PENAL CASTRENSE.

Antecedentes de la Detención Domiciliaria en el Derecho Procesal Penal

Colombiano.

Antes de adentrarnos al concepto o significado de la detención domiciliaria, es necesario profundizar en su origen legal en el sistema procesal penal colombiano, para ello verificaremos la normatividad adjetiva antes y después de la Constitución Política de 1991.

En primera instancia, es menester referirse al Decreto 409 del 27 de marzo de 1971 adoptado mediante la ley 2/1982, este articulado normativo daba entender que por regla general la medida de aseguramiento que se aplicaba era la detención preventiva, y por excepción, y en ciertos casos específicos la consecución de caución. En ese orden de ideas, no se contemplaba en precedido canon la detención domiciliaria, esto no es óbice para poder referir, que precedida legislación estipulaba una figura muy similar a la detención domiciliaria, como era el lugar de detención de los eclesiásticos, que consistía en la privación de la libertad de estos sujetos calificados en sus respectivas casas parroquiales, o en el respectivo convento de las comunidades religiosas (art. 448 ley 2, 1982).

En igual forma, también existía otro instrumento denominado detención parcial en el propio lugar de trabajo (art. 451 ley 2, 1982), y se otorgaba a los procesados de buenas costumbres que debían proveer a la subsistencia de una o más personas, en ese caso su detención se cumplía parcialmente en el lugar que laboraba.

Trasgando en el Decreto 50 del 13 de enero de 1987 el cual derogó la ley 2, 1982 por la cual se adoptó el Código de Procedimiento Penal expedido mediante el Decreto 409, 1971 el cual prescribía en su artículo 414 las medidas de aseguramiento para los imputables. Contemplando solo tres (3) las cuales radicaban en la conminación, la caución y la detención preventiva, sin que se especificara en ninguno de sus articulados la detención domiciliaria; igualmente es de realce en esta norma, que la figura de la detención en las casas parroquiales o conventos para los clérigos y religiosos (art. 428 decreto 50, 1987), también se encontraba anclada en este código.

Al entrar en vigencia la Constitución Política de 1991 y con ella la inclusión del Estado Social de Derecho, la normatividad penal tuvo que alinearse, humanizar las penas y reacomodarse a las nuevas políticas de la carta magna, a consecuencia de ello se expidió el decreto 2700 que entró a regir el 1 de julio de 1992, derogando el decreto 50/1987, y con éste código procesal nació a la vida jurídica en nuestro país la figura de la detención domiciliaria contemplándose en el artículo 396 el cual señalaba

“Cuando se trate de hecho punible cuya pena mínima prevista sea de cinco años de prisión, o menos, el funcionario judicial sustituirá la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad, comparecerá al proceso y no coloca en peligro a la comunidad. En tal caso le impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique en el domicilio del sindicado”.

Posteriormente referido instrumento sustitutivo fue desenvolviéndose en la ley 600/2000 y 906/2004, pues estas últimas normas han ampliado las causales para su concesión, lo cual lo podemos visualizar en el artículo 314 de la ley 906/2004.

Noción de la detención domiciliaria.

La detención domiciliaria es un mecanismo que subyace en los Estados garantistas cuyo fin primordial es la humanización de las medidas de aseguramiento, la minimización de la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos y reducción de la intervención Estatal en la esfera de la libertad, pues que a pesar que una persona se encuentran inmersa en una investigación, tienen la garantía que la utilización de la privación de la libertad en un establecimiento carcelario no se ha tomada a la ligera y utilizada como la prima ratio. Lo que se quiere referir hasta al momento, es que un operador jurídico al verificar la posibilidad de la imposición de alguna medida de aseguramiento se debe en primera instancia verificar la menos lesiva para los intereses fundamentales del investigado. Pues si los fines previstos para la medida de aseguramiento se tornan suficientes con la reclusión domiciliaria, no es necesaria la aplicación de la detención preventiva, en ese orden de ideas, se estaría priorizando los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la acción penal y el principio de la presunción de inocencia.

Es así entonces, el concepto de la detención domiciliaria lo podemos sintetizar cómo una medida cautelar sustitutiva cuya restricción de la locomoción orbita en la residencia del investigado, y su concesión está supeditada al cumplimiento de los fines de las medidas de aseguramiento (la no obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del procesado, para la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad), y el comportamiento personal, familiar, social o laboral del imputado y el encuadramiento de alguna de las causales establecidas en el artículo 314 de la ley 906/2004 –Código de Procedimiento Penal-, es decir, éste instrumento tiene dos (2) connotaciones la primera es un mecanismo menos drástico o invasivo para los derechos

fundamentales y la segunda su fin primordial es la consecución de la observancia de los fines de las medidas de aseguramiento.

Descripción jurídica de la inaplicación de la detención domiciliaria en la jurisdicción penal castrense.

Una vez aclarada la definición de éste umbral orientador del sistema jurídico, el siguiente paso es adéntranos un poco, en la descripción jurídica de la inaplicación de la detención domiciliaria en la jurisdicción castrense, tomando con base o fundamento las leyes de la república y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Superior Militar, a pesar de que estas decisiones pueden llegar ocasionar vulneraciones a principios constitucionales como el interés superior de los menores y la familia.

En primera instancia iniciaremos por indicar que esta medida sustitutiva de la detención preventiva no está contemplada en los digestos punitivos castrenses (leyes 522/1999 y 1407/2010), fundamentando su omisión en la especialidad del derecho militar y la libertad de configuración legislativa, a pesar de que precedida institución jurídica si se encuentra configurada en el derecho procesal penal ordinario (art. 314 ley 906/2004)

De conformidad con lo anterior, en la sentencia C-709/2002 de la Honorable Corte Constitucional, en la cual se desarrolló los motivos constitucionales de la inaplicación en la jurisdicción foral castrense del mecanismo sustituto de la detención domiciliaria, se indicó “El derecho penal militar es un derecho especial en que la mayoría de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, supone la infracción grave de los deberes especiales que se encuentran relacionados con la disciplina a la cual se encuentran obligados

los militares y con los deberes especiales en relación con el servicio, precisamente por ello, el legislador les ha otorgado un plus de antijuridicidad excluyéndolos de los beneficios o subrogados penales.”

Ahora bien, en la decisión de tutela No 28840/2006 de la Honorable Corte Suprema de Justicia se expuso “la inclusión o no de la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria en la legislación penal militar, es un asunto que corresponde decidir única y exclusivamente al legislador en los términos del artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución, mas no al Juez de tutela y menos por la vía de la integración”.

Por ese mismo hilo conductor, tenemos la providencia con radicado 157277/2012, donde el Tribunal Superior Militar reitera que la justicia penal militar es autónoma e independiente, y como tal tiene un régimen punitivo especial que regula sus propias instituciones, y que por lo tanto se destaca que ni la ley 522 de 1999, ni en la 1407 de 2010, se previó la detención domiciliaria, como sustituto de la detención preventiva.

Como complemento de lo precedido, tenemos la providencia con radicado No 158043/2014 del Honorable Tribunal Superior Militar, la cual expresó que la justicia penal militar es autónoma e independiente, y como tal cuenta con un régimen punitivo especial que regula sus propias instituciones.

En el orden de ideas anteriores, se encuentra la providencia con radicado No 149650/2014 del Tribunal Superior Militar, en la cual se advirtió “La Jurisdicción Penal Militar, es especial, y se constituye en una excepción al principio de la jurisdicción ordinaria; a lo que conlleva a que nuestra regulación a través de los códigos sea autónoma tanto en lo sustantivo, como en lo procesal”.

Por último, es de destacar, lo señalado en la comisión redactora de la ley 1407/2010 –Nuevo Código Penal Militar- donde se expresó lo siguiente de la figura de la detención

domiciliaria “en la parte relacionada con capturas y medida de aseguramiento quedó exactamente igual como lo tenemos nosotros, no se consideró la detención domiciliaria por la naturaleza de la Fuerza Pública, por ser norma especial”.

Fundamento constitucional de la inaplicación de la detención domiciliaria en la jurisdicción castrense.

Como bien es sabido, el artículo 150-2 de la Constitución Política establece que el Congreso de la República es el órgano Estatal encargado de expedir códigos en todas las ramas de la legislación y reformar sus disposiciones, esto quiere decir, que es la misma Carta Magna la que da la facultad o competencia a la rama legislativa de crear, modificar y derogar los cánones o normas, estableciendo un amplio margen de libertad para definir los procedimientos, las figuras jurídicas y los términos en los procesos.

En el manto de prefijada potestad, el poder legislativo vio a tener a consideración de que el código penal militar estuviera desprovisto de la figura jurídica de la detención domiciliaria, lo que superficialmente se podría decir, que mencionada decisión encuadraría en las facultades del órgano legislativo, pues utilizó el principio democrático de la libertad de configuración legislativa, para no emplear una medida que si está estipulada en la jurisdicción ordinaria.

Si en el caso bajo examen, realizáramos un análisis un poco más profundo, y más desde la óptica del derecho constitucional y convencional, nos daríamos cuenta que referido principio no es absoluto, pues tiene ciertos límites incluidos en la misma Constitución Política como son los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos

fundamentales, la observancia de los cánones constitucionales, y la aplicación de estándares de la razonabilidad y proporcionalidad.

Véase por ejemplo, como la Corte Constitucional en la sentencia C-318/08 expone que la libertad de configuración legislativa no es absoluta, al respecto señaló “El margen de discrecionalidad con que cuenta el legislador para configurar los diversos procesos no es absoluto ya que el Congreso no puede configurar a su arbitrio o de manera caprichosa los procesos, pues -ciertamente- la Constitución reconoce a todo ciudadano el derecho a la igualdad, por lo cual las regulaciones legales deben ser razonables y proporcionadas, tal y como esta Corporación ya lo ha señalado en numerosas sentencias. De allí que, en la medida en que la propia Constitución atribuye al órgano legislativo la atribución de legislar en esta materia, es entendido que el Congreso tiene amplia discrecionalidad para regular los procesos y procedimientos judiciales, sin más limitaciones que las que surgen de la propia Carta Política.

Así la determinación sobre las medidas de aseguramiento, los requisitos y los supuestos en que ellas resultan procedentes, así como las condiciones para su cumplimiento, son decisiones que involucran consideraciones de política criminal, de conveniencia y de oportunidad que caen bajo la órbita de competencia legislativa. Sin embargo, no se trata de una potestad absoluta, sino que ella encuentra su límite en los fines constitucionales y en los derechos fundamentales, y debe estar guiada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad”

De manera que el hecho de que el legislador haya desterrado la figura jurídica de la detención domiciliaria en la jurisdicción castrense, esto no quiere decir que precedida decisión este dentro de los estándares del derecho constitucional, pues lo que impera más allá de toda ley, son los principios generales del derecho, los principios constitucionales, los

derechos fundamentales, y no menos importante el derecho convencional, pues a todas luces una persona que tenga una calidad o condición específica de acuerdo a sus funciones como es el militar o policial, no es óbice para privársele de un derecho como es el sustituto de la detención domiciliaria.

En ese orden de ideas, el legislador lo que proyectó en su decisión discrecional fue, si usted tiene la investidura castrense no tiene el derecho a la detención domiciliaria, esta decisión permea los principios constitucionales básicos de una sociedad como es la humanización del derecho, colocando en una vulneración prima facie los hijos de los militares, pues el hecho de que su padre o madre sea militar, el menor no pierde la calidad sui generis, lo que olvidó el legislador en el caso sub examine, es que la detención domiciliaria no es a favor del militar o policial sino busca la protección un derecho supraconstitucional como es el interés superior de los niños.

Véase como la Honorable Corte Constitucional eleva en el sistema jurídico colombiano el principio del interés superior del menor en la sentencia T- 843/2011 “El artículo 44 superior reconoce que los derechos de los niños son fundamentales y les otorga un lugar privilegiado en el ordenamiento constitucional. En particular, esta disposición, además de consagrar derechos de los niños como a la integridad física y a la salud, resalta la obligación del Estado, la sociedad y la familia de proteger a los niños “(...) contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”

Nótese como la misma normatividad colombiana busca proteger el interés fundamental de los niños, esto a través de la ley de infancia y adolescencia -ley 1098 de 2006- en su artículo 9 cuando expone "Prevalencia de los Derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los

niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente".

En tal sentido, la misma Corte Constitucional ha señalado que la familia es un componente fundamental para el crecimiento y desarrollo armónico de los menores, esto significa, que constantemente las instituciones Estatales deben procurar al máximo la no separación del ente familiar, con el fin de no vulnerar los derechos de los niños, los cuales son sujetos de protección especial.

Desde este punto de vista, es necesario reflexionar igualmente al siguiente interrogante ¿El Congreso de la República analizó los principios de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad para proscribir la detención domiciliaria en la jurisdicción especial castrense?, para nuestro entender, el órgano legislativo omitió realizar dicho análisis, pues si bien ésta entidad es la competente para configurar la vida e intereses de la sociedad, incluida la comunidad militar, también es cierto que referida configuración debe someterse a los principios pilares de la razonabilidad y proporcionalidad, en el cual se analiza y se valora los diversos argumentos interpretativos a favor y en contra de la aplicación de la detención domiciliaria, pues toda proposición o abstención debe fundamentarse en los valores y principios de la Constitución Política.

Esto lo que significa, es que el Congreso de la República tiene la tarea no solo de expedir una norma, sino verificar cuales son los perjuicios que se pueden acarrear al principio que se va a desplazar, y si dichos daños o medios son mínimos al fin constitucionalmente

legítimo que se está buscando, así mismo que los efectos producidos no sean desmesurados para los intereses jurídicos en juego.

En el caso sub judice, podemos indicar pacíficamente, que referida tarea no fue realizada por la rama legislativa, pues lo único que sustento la inhibición de la detención domiciliaria en el canon castrense, fue la potestad de configuración legislativa, la política criminal y la especialidad del derecho militar, situación que a todas luces se evidencia que no hubo ningún test de proporcionalidad que reflejara que principios (interés superior del menor – familia vs especialidad del derecho militar – la facultad de la configuración legislativa), precedida al otro.

Así mismo visualizamos que la ausencia de la detención domiciliaria tampoco es razonable, pues el hecho de que el Congreso de la Republica su propósito es proteger la institución marcial, esto no quiere decir que la finalidad sea constitucionalmente admisible, pues lo que se está en juego son derechos individuales base de la sociedad y del mismo Estado Social de Derecho como son el interés superior de los menores y la familia, precisado lo anterior, no basta una finalidad cualquiera, sino una finalidad constitucionalmente admisible y proporcional.

Es la misma Honorable Corte Constitucional la que ha indicado que si una autoridad Estatal ha introducido una diferenciación como medio para obtener determinado fin, este medio debe ser proporcional a dicho fin y no debe producir efectos desmesurados para otros intereses jurídicos.

Recopilando lo atrás comentado, los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, lo que orientan es que las medidas legislativas o administrativas no solo tengan un fundamento legal, sino que los medios sean aplicados de manera que los intereses

jurídicos de las personas no se vean afectadas, o que en caso sea necesario la afectación sea en un grado mínimo.

Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia T-015/94 expuso:

"La razón jurídica de la razonabilidad y de la proporcionalidad no es otra que la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El principio de proporcionalidad rige todas las actuaciones de la administración pública y de los actos de los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, cuando se trate de la imposición de una sanción que conlleve la pérdida o disminución de un derecho. Por lo tanto, si bien es cierto que el Reglamento del plantel educativo es base fundamental orientadora de la disciplina del Colegio, pues sin él no sería posible mantener un nivel de organización, es cierto también que las normas allí contenidas deben ajustarse o mejor interpretarse acorde con las circunstancias particulares de los menores".

En conclusión, la no configuración de la detención domiciliaria en la jurisdicción castrense, no solo ha sacrificado la seguridad jurídica y la presunción de inocencia de los militares y policiales, sino referida omisión intencional adoptada por la rama legislativa igualmente es desproporcional e irracional, pues para el logro de un fin limitó los derechos fundamentales a la familia e interés superior del menor, prima facie que estos últimos principios tienen más pesos que la configuración legislativa y la especialidad del derecho penal militar.

Ruta constitucional hacia la aplicación de la detención domiciliaria en la jurisdicción castrense.

Como bien se mencionó anteriormente, la problemática del tema objeto de análisis, se basa en la inexistencia de la institución jurídica de la detención domiciliaria como sustitutiva de la detención preventiva a favor de la madre o padre cabeza de familia en la

jurisdicción castrense, es por ello que es imperante, identificar una ruta constitucional (bloque de constitucionalidad), legal y jurisprudencial que fundamente su aplicación, ya que adquiere preponderancia respecto a derechos como a obligaciones.

Por una parte, traeremos como nuestro el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia (1991), el cual desarrolla los fines esenciales del Estado, y uno de ellos es la de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, así mismo la obligación por parte del Estado de aplicar la vigencia de un orden justo, en ese mismo sentido, el artículo 4 de la carta constitucional, hace alusión que en caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley, las autoridades están en la obligación de preferir los cánones constitucionales.

Aunado a lo anterior, el artículo 5 del estatuto constitucional hace énfasis en la primacía de los derechos inalienables, entre los cuales se encuentra la obligación por parte del Ente Político de amparar a la persona y a la familia; De lo antepuesto no solo se queda en las voces del precedido artejo, sino también se encuentra corroborado en el artículo 42 donde se proclama los derechos fundamentales de la familia, y el imperativo por parte del Estado de garantizar y salvaguardar el ente familiar como el núcleo fundamental de la sociedad.

Igualmente es necesario referirnos al artículo 13 de la Carta Magna, el cual desenvuelve el derecho a la igualdad de todas las personas, y el deber por parte de las autoridades de hacer efectivo mencionado principio, es así entonces, si en la jurisdicción penal ordinaria es aplicable la detención domiciliaria cómo negarle a los militares ese misma garantía; tampoco se puede olvidar el derecho fundamental de los niños, y la obligación del Estado de asistirlos y protegerlos como sujetos de protección especial (art. 44 CN, 1991).

De otro modo, se suman los tratados y convenios de carácter internacional referente a derechos humanos, los cuales se adhieren a la Constitución Política mediante el mecanismo

del bloque de constitucionalidad (art. 93 CN, 1991), entre estos se haya la Convención Americana de Derechos Humanos, y podemos destacar respecto a este pacto los artículos 17 protección a la familia, 19 derechos de los niños y 24 igualdad ante la ley.

Al mismo tiempo es preponderante resaltar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues desarrolla el derecho a la igualdad, el derecho a poder constituir una familia y los derechos de los niños, y la obligación de las autoridades del Estado de hacer efectiva mencionadas garantías; estos cánones se encuentran estipulados en los artículos 14, 23, 24 y 26 de referido tratado.

Una carta de navegación para avalar la detención domiciliaria en la jurisdicción castrense a favor de la madre o padre cabeza de familia la hallamos es el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, donde aquí se establece que los Estados tomaran las medidas necesarias para garantizar la integridad física, psicológica y moral de los menores de edad.

Aterrizando un poco en las leyes de la República, podemos destacar el código de procedimiento penal (Ley 906, 2004) y en especial el artículo 314 donde se establece que la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por el de lugar de residencia, cuando el investigado o acusado fuera madre o padre cabeza de familia.

Por ese mismo sendero, visualizamos el artículo 14 de estatuto punitivo castrense (Ley 1407, 2010), el cual despliega el principio de integración, y señala que en aquellas materias que no se hallen expresamente en el canon marcial, son aplicables las disposiciones de los códigos penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza del código.

En el contexto jurisprudencial, es necesario poner de presente la sentencia C-154/2007 de la Honorable Corte Constitucional, donde se insiste que el interés del menor es el

criterio final que debe guiar al Juez en el estudio de la viabilidad de la detención domiciliaria; en igual sentido, tenemos la sentencia T-200/2004 de esa misma corporación, en la cual enfatiza a las autoridades públicas que toda medida que involucre los derechos de los niños se debe tener una consideración primordial a que se atenderá siempre el interés superior del menor; así mismo, es de destacar la providencia T- 070/2015 donde señala que la institución de la familia es el núcleo básico de la sociedad, por lo que el Estado y la sociedad, deben garantizar su protección integral.

Visto lo antecedido, referido marco constitucional, legal y jurisprudencial nos permite trazar las características que soportaran el uso de la institución jurídica de la detención domiciliaria como sustitutiva de la detención preventiva a favor de la madre o padre cabeza de familia en la jurisdicción castrense, basado en el interés superior de los niños y la familia, como núcleo fundamental de la sociedad.

**SUPREMACÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR PARA LA SEGURIDAD
JURÍDICA EN LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LA DETENCIÓN
DOMICILIARIA A LA MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA EN LA
JUSTICIA PENAL MILITAR.**

Concesión de la detención domiciliaria a la Madre o Padre cabeza de familia.

Como ya se indicó en lo apartes precedidos, donde se expuso que los requisitos para sustituir una medida de aseguramiento de detención preventiva por domiciliaria radica en a) demostrar que los fines de la medida se cumplen en el domicilio del investigado, b) buen comportamiento personal, familiar, social o laboral del imputado y c) la observancia de alguna de las causales establecidas en el artículo 314 de la ley 906/2004; en lo que respecta a la autorización de la detención domiciliaria a la madre o padre de cabeza de familia hay un valor agregado, es que el procesado sea la persona encargada de la protección del interés superior del niño.

Referente a esta situación, la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado No 35943 datada el 22 junio de 2011 Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca, describió los requisitos para la concesión de la detención domiciliaria del numeral 5 del artículo 314; i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales.

En conclusión, la autorización de la medida sustitutiva no solo radica en el cumplimiento de la calidad de madre o padre cabeza de familia, sino también es exigible por

parte del Juez la observancia de las condiciones personales, laborales, familiares y antecedentes del investigado para realizar el respectivo estudio y así poder concederla.

Es necesario resaltar en este espacio, que el beneficio de la detención domiciliaria aplicada a la madre o padre de cabeza de familia, no es una protección o favor al progenitor o progenitora (procesado), sino es un amparo al menor, que no está en las condiciones para salvaguardar sus propios derechos, es así, que si se llegare a negar dicha figura jurídica a una persona inmersa en referida situación, el menor quedaría inmerso en el desamparo y la desprotección, lo que acarrearía la vulneración de derechos fundamentales bases de la sociedad y de la misma carta magna.

Supremacía del Principio del Interés Superior del menor.

Para el caso que hoy ocupa la presente investigación, el cual tiene que ver con el principio del interés superior de los menores, es imperante desplegar un concepto claro de este principio constitucional, para ello tomaremos como base el estudio de Lora (2006) quien expone que el interés superior del menor es un principio jurídico que orienta diversas funciones normativas, con generación de normas legales o reglamentarias, solución de conflictos de derechos, orientación de las políticas públicas y la actuación familiar.

En otro punto de vista, para Pradilla (2011) es un principio sobre la prevalencia que tiene los derechos de la infancia sobre los derechos de las demás personas y la responsabilidad del Estado de velar porque en todo acto, decisión o medida administrativa, prevalezca los derechos de los infantes; en lo que respecta al autor García (2015), el cual refiere que éste es un principio básico y derecho subjetivo de los niños.

En el contexto jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional tenemos la sentencia C-154/2007, donde se insiste que el interés del menor es el criterio final que debe guiar al Juez en el estudio de la viabilidad de la detención domiciliaria, en igual sentido, tenemos la sentencia T- 200/2004, en la cual la Corte Constitucional ha sido enfática en indicarles a las autoridades públicas que toda medida que involucre los derechos de los niños se debe tener una consideración primordial a que se atenderá siempre el interés superior del menor, igualmente es de resaltar la providencia T- 070/2015 donde señala que la institución de la familia es el núcleo básico de la sociedad, por lo que el Estado y la sociedad, deben garantizar su protección integral.

En síntesis conceptual, se puede definir el interés superior de los menores como un principio que proporciona garantía a los niños, que sus derechos prevalecerán sobre los derechos de las demás personas, buscando su protección integral y goce efectivo; así mismo es utilizado como mecanismo interpretativo y armonizador de las normas internacionales e internas de un país (Sandoval M. J. y Tirado A. M. 2013 p.p. 84 y 85).

El principio de la seguridad jurídica en la aplicación efectiva de la detención domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia en la justicia penal castrense.

Con el fin de desplegar el análisis objeto de estudio, tomaremos como fundamento de primera mano los conceptos teóricos de algunos doctrinarios sobre el principio de la seguridad jurídica:

Se puede comenzar con el estudio de Pérez (2000) quien expone que referido principio es un valor estrechamente ligado a los Estados de Derecho que se concretan en

exigencias objetivas de corrección estructural y corrección funcional; en otro punto de vista, Guilherme (2012) señala que este pilar es un principio, estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad en relación a las consecuencias jurídicas de determinada conducta; en lo que respecta al autor Zavala (S.F), manifiesta que éste principio proporciona seguridad para la efectiva vigencia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y satisface la necesidad vital del ser humano.

En ese mismo sentido, el Doctor Villegas (S.F), indica que este instrumento nato asegura a gobernantes y gobernados sus recíprocos derechos y deberes, haciendo viable la vida social; y por último el ilustre Amoros (2012), exterioriza que la seguridad jurídica proporciona certeza a todo el derecho o sistema jurídico, hace cierto el ordenamiento de forma segura y clara.

En síntesis conceptual, se puede definir la seguridad jurídica, como el principio que proporciona garantía a las personas residentes en un país, sobre la certeza, claridad, estabilidad, previsibilidad y consecuencias del sistema jurídico.

Una vez aclarada la definición del principio de la seguridad jurídica, el siguiente paso es confrontarla con el alcance de la negación de la detención domiciliaria en la justicia penal militar, pues para el caso presente, no solo se estaría afectando el pilar fundamental del interés superior de los menores y el derecho fundamental a la familia, sino también la certeza y garantía que tiene todas las personas residentes en un país, de que el sistema jurídico de un Estado se alinee con la normatividad internacional, y específicamente para el caso sub examine, con la convención sobre los derechos de los niños adoptada por el Estado Colombiano con la ley 12/1991 y la convención americana de derechos humanos ratificada por el Estado Colombiano con la ley 16/1972.

Ahora bien, el artículo 93 de la Constitución Política, proclama que los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecerán en el orden interno, es así entonces, la convención de los derechos de los niños prima sobre las leyes de la Republica, y en ese caso, cualquier interpretación de una ley o código, así sea especial o autónoma debe armonizarse no solo con lo establecido en el ámbito constitucional sino también con los tratados internacionales.

Nótese en el tema de interés sub judice, como el poder legislativo utilizó su libertad de configuración normativa y su política criminal, para excluir la detención domiciliaria en las leyes 522/1999 y 1407/2010 códigos penales militares; echemos un vistazo en la exposición de motivos del actual código penal militar (ley 1407, 2010) en el cual se manifestó “en la parte relacionada con capturas y medida de aseguramiento quedó exactamente igual como lo tenemos nosotros, no se consideró la detención domiciliaria por la naturaleza de la Fuerza Pública, por ser norma especial ” (Actas Comisión Redactora Código Penal Militar sesión del 27 de julio de 2005 pág. 505).

Visto el párrafo precedido, se evidencia claramente que el legislador sobrepuso su libertad de configuración legislativa y la autonomía y especialidad de la jurisdicción penal militar, para proscribir la detención domiciliaria, sin que se detuviera en hacer un análisis en la inconformidad de la ley penal militar en este punto y los tratados internacionales, pues estos últimos cánones no solo protegen los derechos de los procesados sino los derechos de los niños y a la familia, es decir, la interpretación del órgano legislativo la realizó desde un punto de vista paralelo sin que se tuviera en cuenta el bloque de constitucionalidad. Al respecto señaló la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-225/1995 sobre el alcance del bloque de constitucionalidad, en la que se destaca que “El único sentido

razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley".

En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

En ese orden de ideas, la seguridad jurídica se encuentra menguada en el caso sub judice, pues el legislador y algunas sentencias de las altas Cortes han olvidado el parámetro de control constitucional que para el caso específico son la convención sobre los derechos de los niños y la convención americana de derechos humanos, donde aquí se establece que los Estados tomaran las medidas necesarias para garantizar la integridad física, psicológica y moral de los menores de edad.

De lo anterior, no solo se queda en las voces de la normatividad internacional, sino también se encuentra plasmada en la misma Carta Política de Colombia (art. 44 CN, 1991), en la cual se estipula que las autoridades tienen la obligación de sobreponer los derechos de los niños de los demás derechos de los ciudadanos, en igual forma, también ha catalogado a la familia como base de la sociedad, es aquí donde el operador judicial debe verificar los posibles perjuicios que se le pueden ocasionar a los menores al no aplicarse la detención domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia en la justicia castrense, e inclinarse en salvaguardar precedidos derechos fundamentales.

Es forzoso poner de presente en este espacio, que el beneficio de la detención domiciliaria aplicada a la madre o padre de cabeza de familia, no es una protección o favor al progenitor o progenitora, sino es un amparo al menor, que no está en las condiciones para salvaguardar sus propios derechos, es así, que si se llegare a negar dicha figura jurídica, el menor quedaría inmerso en el desamparo y la desprotección, lo que acarrearía la vulneración de derechos fundamentales bases de la sociedad y de la misma carta magna.

Como puede observarse, destacamos que el principio del interés superior del menor, que tiene la connotación de prevalecer sobre los derechos de los demás, y de la misma normatividad interna, refleja que la ausencia de la medida sustitutiva de la detención domiciliaria en el digesto punitivo castrense (leyes 522, 1999 y 1407, 2010), puede en su caso ir en contra de intereses internacionales y de los mismos fines constitucionales, colocando en tela de juicio la seguridad jurídica del Estado.

La misma Honorable Corte Constitucional ha sido enfática en indicarle a las autoridades públicas que toda medida que involucre los derechos de los niños se debe tener una consideración primordial a que se atenderá siempre el interés superior del menor, es decir, continuamente se debe buscar la preservación y protección de los menores como sujetos de protección especial.

Es necesario precisar además, que el principio del interés superior del niño, no solo hace referencia a la sobre posición del goce de sus derechos, sino también a su efectividad, es así que el Estado el cual ostenta el poder punitivo –*ius puniendi*-, debe en algunos casos ceder su política criminal a los intereses del menor, el cual puede sentirse afectado por la imposición de una pena o una medida cautelar que recaiga en la madre o padre cabeza de familia.

Cabe agregar, que es la misma convención sobre los derechos del niño en su artículo 9, establece que el Estado debe velar porque el menor no sea separado de sus padres, en resumidas cuentas, cuando el menor solo tiene uno de sus progenitores, el cual es el encargado de su protección, cuidado y bienestar, y éste último está a puerta de sufrir alguna medida cautelar, es necesario que el Juez o Magistrado vislumbre los principios que están en juego, con el fin de poder autorizar la aplicación de la detención domiciliaria a favor del niño que se encuentra en inferioridad manifiesta con los demás intereses del Estado.

Como es bien sabido, el Estado Colombiano está en la obligación de reacomodar su normatividad, a la normatividad internacional, es así entonces, las leyes de la republica continuamente deben interpretarse acorde con la constitución y los convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad, es allí donde el operador judicial debe reposar, y verificar que normatividad debe aplicar al caso sub examine, con el fin haya una seguridad jurídica.

Concluyendo, debemos indicar que sobre el punto de derecho de la inaplicación del mecanismo sustituto de la detención domiciliaria en la justicia foral castrense a la madre o padre cabeza de familia, no existe una seguridad jurídica, pues no se está suministrando la garantía efectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de lo niños, consagrados en los mismos tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano.

Es por ello, que no existe certeza en los militares o policiales de que las autoridades legislativas y judiciales estén realizando la transversalidad del orden interno con el bloque de constitucionalidad, pues lo que se quiere es brindarle la garantía a aquel menor que se encuentra desprotegido, que su madre o padre cabeza de familia que está cumpliendo los requisitos de ley le será concedido el beneficio de la detención domiciliaria en la justicia penal castrense y no se vaya a afectar su seguridad jurídica.

Preponderancia del principio del interés superior del menor para la aplicación de la detención domiciliaria a favor de la madre o padre cabeza de familia.

Aquí ha de referirse un poco a la importancia de la constitucionalización del derecho procesal penal, pues ha conducido a que cada día se restrinja y humanice la intervención Estatal *-ius puniendi-*, mediante el mecanismo del principio de proporcionalidad, en el cual se analiza la protección a los derechos fundamentales que está cumpliendo el canon procesal y las posibles afectaciones y limitaciones a la libertad general de acción, la libertad y el debido proceso, esto con el sano criterio de verificar si son proporcionadas y si están cumpliendo con un fin constitucionalmente legítimo, esto a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por otro lado, igualmente visualizamos que en los procesos penales ha aumentado la utilización y aplicación de tratados y convenios de carácter internacional referente a derechos humanos mediante el dispositivo del bloque de constitucionalidad (art. 93 CN, 1991), los cuales han resultado útiles en el momento de resolver conflictos de bienes jurídicos.

En lo que nos concierne, es decir, a la institución jurídica de la detención domiciliaria en la justicia penal castrense, la cual ha sido apartada de los digestos punitivos marciales a razón de la política criminal y la especialidad del derecho militar, causando inexorablemente la afectación de derechos fundamentales como son el interés superior de los menores y de la familia.

Según se ha visto, el Estado Colombiano está en la obligación de reacomodar su normatividad, a la normatividad internacional, en ese orden de ideas, las leyes de la Republica deben interpretarse acorde con la Constitución y los Convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad, es por ello que el operador judicial debe dar primacía a instituciones

jurídicas que sobreponen a la misma especialidad del derecho penal militar y la libertad de configuración legislativa, con el fin haya una seguridad jurídica; de lo que se está refiriendo aquí, es la consecución de la superioridad del interés superior del menor, con el fin de garantizar y beneficiar la formación y el desarrollo de éste último.

Sobre este punto, es necesario poner de presente la sentencia con radicado No 154217/2007 del Tribunal Superior Militar, en donde se expone que el bien jurídico que se pretende tutelar con la prisión domiciliaria, es la familia y no a la mujer cabeza de ella, y en especial a los menores que la integran, sin tener la condición de casada o soltera.

Lo que significa lo antecedido, es que el administrador de justicia, debe verificar los derechos fundamentales en juego y los posibles perjuicios que se le pueden ocasionar al núcleo familiar y en especial a los niños, al no aplicarse la detención domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia en la justicia castrense, y así poder inclinarse en salvaguardar precedidos derechos fundamentales.

Es así entonces, el principio del interés superior del menor, que tiene la connotación de prevalecer sobre los derechos de los demás, y de la misma normatividad interna, refleja pacíficamente que la ausencia de la medida sustitutiva de la detención domiciliaria en el digesto punitivo castrense (leyes 522, 1999 y 1407, 2010), puede en su caso ir en contra de intereses internacionales y de los mismos fines constitucionales.

Para corroborar los párrafos precedidos, debemos traer a colación un aparte de la exposición de motivos de la ley 750/2002 por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia, donde se expuso “pretende proteger la infancia, como futuro de la sociedad, buscando la total salvaguardia contra toda forma de abandono y desprotección.

El artículo 44 de nuestra Carta establece el derecho que tienen todos los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, igualmente consagra el derecho al cuidado y al amor, obligación que encuentra su fuente primigenia y natural en los padres. De la misma manera pretende resguardar la maternidad conforme al artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la familia como núcleo de la sociedad” (Ponencia para 1er debate; Gaceta del Congreso 84 de 2002 de la ley 750, 2002).

Ahora bien, si nos apartáramos un poco de lo jurídico y nos adentráramos a los principios de humanidad, donde éste pilar estipula que todos los seres humanos deben ser tratados como un fin, siempre preservando su vida e integridad física y moral, destacamos entonces que referida figura sub examine también tendría cabida, pues negarla traería serias repercusiones en el proceso de formación de los menores, que conllevaría a la disminución de sus derechos.

Lo que se valora para la aplicación de la detención domiciliaria a favor de la madre o padre cabeza de familia, es la manifiesta situación de indefensión de los menores de edad, sus derechos fundamentales y sus necesidades básicas y afectivas, las cuales se encuentran amenazadas por una posible medida cautelar a aquella persona (madre o padre cabeza de familia) que tiene su cuidado y protección.

Es la misma Constitución Política, marco general de nuestro ordenamiento, la que abre la puerta, para la aplicación directa de la detención domiciliaria en la justicia penal militar, nótese como en el artículo 44 expone que el Estado por intermedio de las autoridades públicas, tiene la obligación de salvaguardar a los niños de “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

En el ámbito acabado de esbozar, se denota la razón de ser, para poder lograr la aplicación de la detención domiciliaria en la justicia foral castrense, pues nada impide trasladar precedida figura sustitutiva de la ley 906/2004 código procesal penal ordinario, para aplicarla a un caso específico como es el militar o policial madre o padre cabeza de familia.

Como base en lo antepuesto, tomaremos como espejo las sentencias No 154217/2007 del Tribunal Superior Militar y 40282/2017 de la Corte Suprema de Justicia, las cuales se compaginan con el nuevo Estado Social de Derecho, al poner en la cúspide los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, cuando indican que el régimen penal militar deben aplicarse las disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tratados de DDHH, ya que las medidas que afectan la libertad no operan de plano, igualmente que el carácter especial de la justicia penal militar no impide que se pueda otorgar la institución de la prisión domiciliaria a quienes se encuentran sometidas a ella.

Entre tanto, se va resaltar además, que el principio del interés superior del niño, no solo hace referencia a una sobre posición de derechos, sino busca eliminar algún perjuicio que se le pueda ocasionar a los menores, los cuales se encuentran en una debilidad manifiesta con los demás derechos de los ciudadanos, es allí donde se ve la importancia del test de ponderación para que el operador jurídico pueda sopesar los principios en juego y lograr visualizar que el interés superior del menor y la familia, tienen más peso que los principios de la autonomía legislativa y especialidad del derecho penal militar.

Lo anteriormente comentado, no significa que el proceso que se encuentra inmerso el militar o policial padre cabeza de familia sea suspendido o cerrado, sino que se aplique una figura más benigna que también es idónea para cumplir los fines de la medida de aseguramiento (la no obstruir la justicia, comparecencia del imputado al sumario, cumplimiento de la sentencia y la protección de la víctimas y testigos), que en el caso de

marras sería la detención domiciliaria, pues el investigado seguirá vinculado al proceso, aunque su restricción de movilidad se va llevar a cabo en su domicilio, logrando así poder proteger los derechos de los niños y encuadrarse en un Estado Social de Derecho.

En el orden de las ideas anteriores, la Corte Constitucional ha reiterado que el individuo como persona no debe someterse de antemano al interés general o colectivo, pues también son legítimos los intereses individuales, y en caso de que haya una colisión entre un derecho individual y uno colectivo, se debe realizar el test de proporcionalidad, para verificar que principio precede al otro, y no realizar automáticamente la solución de elevar el interés general sobre el particular.

En el pasaje antepuesto, sale a flote, que el legislador no puede utilizar su libertad de configuración legislativa para proscribir la detención domiciliaria en la jurisdicción castrense, a razón de que se está protegiendo intereses marciales y la especialidad del derecho foral militar, pues lo que se debe verificar en el caso concreto que principio precede en el asunto sub examine, y no ser tajante en indicar que no existe cabida la referida figura jurídica en la jurisdicción penal militar.

Conforme a lo arriba anotado, podemos concluir que la concesión o privilegio de la detención domiciliaria al militar o policial es sinónimo de estar dentro de los estándares de un Estado Social de Derecho – garantista, sobreponiendo principios superiores como el interés superior de los niños, pues la aplicación del mecanismo sustituto no desquebraja los pilares fundamentales de la institución castrense ni la especialidad del derecho militar, pues lo que se está en juego son intereses de mayor jerarquía como es la familia y los derechos de los niños.

TEST DE PROPORCIONALIDAD LA NECESIDAD DE LA PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LA DETENCIÓN DOMICILIARIA A LA MADRE O PADRE DE CABEZA DE FAMILIA EN LA JUSTICIA PENAL CASTRENSE.

Test de proporcionalidad e interés superior del menor.

Al llegar a este punto, es primordial iniciar por aclarar que el sistema jurídico está compuesto por dos (2) clases de normas, las denominadas normas con estructura de regla y las normas con estructura de principio, la primera, esto es, las normas con estructura de regla, y específicamente en el derecho penal tienen implícita una condición hipotética, es decir, un supuesto de hecho y una sanción, por ejemplo en el reato de homicidio, se expresa que el que matare a otro (supuesto de hecho), incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años (consecuencia); a estas normas se le aplica el principio subsunción, pues si una persona mata a otra, lo que hacemos es tomar la norma del artículo 103 de la ley 599/2000 Código Penal (premisa mayor) y subsumir el hecho (premisa menor), para llegar a una conclusión que es la sanción.

En lo que respecta a las normas con estructura de principio, que normalmente son los derechos fundamentales, estas reglas no tienen una condición hipotética, como si lo tienen la normas tipo regla, al contrario de éstas últimas, estas contienen un mandato de optimización, ¿Qué quiere decir esto?, son mandatos que deben cumplirse en la mayor medida posible, verbi gratia, el derecho a la vida, el cual debe ser promulgado y protegido de manera eficaz por el Estado a través de sus entidades y funcionarios, mediante la expedición de normas y su respectiva prevención, con el fin de no ser afectado.

Una vez aclarada referida distinción, igualmente es imperativo en proclamar que las normas con estructura de regla, pueden llegar a tener antinomias con otras normas de ese mismo tipo, pues puede acaecer que en un sistema jurídico, dos (2) normas con estructura de regla se contradicen, por ejemplo, una norma prohíbe y la otra faculta, en otras palabras, si usted cumple una norma está transgrediendo la otra, para solucionar este conflicto entre normas con estructura de regla, es a través del plano de la validez, esto es, la norma superior mengua a la inferior (Jerárquico), la ley posterior deroga a la anterior (Cronológico) y la ley especial desplaza a la general (Especialidad), es así, como se resuelve el conflicto entre normas con estructura de regla.

Contrario sensu, ocurre con las normas con estructura de principio, pues ningún principio puede excluir al otro, porque todos los principios se encuentran en un mismo plano, en efecto, cuando existe un conflicto constitucional entre principios, no se resuelve la antinomia en el plano de la validez, sino en el espectro de la ponderación, porque los dos (2) principios van a ser válidos, que se quiere decir con esto, se debe realizar un test de sopesamiento para verificar que principio precede al otro en el caso en concreto, pero se debe aclarar, que el principio que precedió al otro en el caso, no siempre va estar por encima del otro, porque siempre en cada caso en particular debe realizarse la estructura de la ponderación (ley de ponderación, formula de peso y cargas argumentativas).

Conforme a lo arriba anotado, es menester referirse un poco al Test de Proporcionalidad del maestro Robert Alexis *-ley de precedencia condicional-*, en el cual precedida teoría busca sopesar los intereses que se encuentran en juego, verificando un fin constitucionalmente legítimo, y utilizando los sub principios de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, con el fin de solucionar la colisión de normas de carácter de principio, que para el caso sub examine son el interés superior del niño y el derecho a la familia y en la otra

esquina se haya el principio democrático de la libertad de configuración legislativa y especialidad de la normatividad castrense.

Cabe decir, que es claro que la implementación de una figura jurídica o su correspondiente omisión legislativa, para el logro de un fin, puede vulnerar o afectar derechos fundamentales, en otras palabras, el hecho de que el legislador no hubiera incluido en los cánones castrenses la institución jurídica de la detención domiciliaria a favor de la madre o padre cabeza de familia, puede llegar en su caso a vulnerar derechos fundamentales de los niños y la familia, como principios fundamentales del Estado; en ese orden de ideas, a continuación realizaremos el estudio sub judice.

Hecha la observación anterior, se iniciará por evocar en primera instancia con la siguiente pregunta ¿la ausencia de la medida de detención domiciliaria en la jurisdicción penal militar buscaba cumplir un fin constitucionalmente legítimo?, visto el antecedente interrogante, debemos indicar que el propósito que buscaba con esta omisión el legislador, era la protección y salvaguarda de las Fuerzas Militares, con el objeto de que ésta cumpliera con su designio constitucional consagrado en el artículo 217 de la Carta Política que establece “las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”.

En ese orden de ideas, esto conlleva a que los miembros de éste organismo castrense se abstengan de cometer algún delito, y así poder tener el pie de fuerza (presentación y permanencia) para cumplir la tarea constitucional.

Nótese como en la sentencia C - 1068/2001 de la Honorable Corte Constitucional se refiere a este tema “Existe un Código Penal Militar, que contiene una regulación especial, y diferente, en atención a los sujetos, a los bienes jurídicos protegidos y a las condiciones especiales que se derivan de la función que conforme a la Constitución corresponde cumplir

a las fuerzas armadas, tanto en cuanto al señalamiento de las conductas punibles y las sanciones, como del procedimiento aplicable”.

Como quiera que el medio cumple un fin constitucional, es imperioso además que éste intervalo sea idóneo o capaz para fomentar el logro del fin, a lo cual debemos indicar que esta exclusión de la figura, coadyuva a que los miembros de las Fuerza pública se abstengan de cometer cualquier reato, pues es de su conocimiento que no tendrán el beneficio de la detención domiciliaria, y esto comportará a que permanezcan incólumes en sus obligaciones militares, de manera que reflejará en la obtención de la misión consagrada en la constitución política.

De conformidad a lo antecedido, igualmente es necesario verificar en el asunto sub judice, la existencia de otro medio alternativo menos lesivo para los derechos fundamentales y que conlleve a cumplir en igual o mayor medida el fin constitucional, pues si el medio alternativo restringe en menor medida y cumple el cometido, entonces la medida idónea escogida por la institucionalidad es desproporcional, respecto a este principio, el Doctor Jaime Alberto Sandoval Mesa, en su libro “Interpretación constitucional y legalidad penal de crímenes internacionales” señaló lo siguiente “En virtud de los aspectos citados, desde el plano de la necesidad, en el test referido se hace mención a determinar si el mismo propósito de obtener la consecución del derecho, puede alcanzarse por medio de medidas que sean menos gravosas que los restantes principios, valores y derechos en juego”.

Es así entonces, y realizando un análisis de si concurre un medio alternativo con la misma fuerza y menos restricción que la escogida por el congreso, a lo cual indicamos, que no se encuentra otro medio que logre el cumplimiento del objetivo de la rama legislativa, por ende, su disposición se encuentra dentro de los estándares de la subregla de la necesidad, y por tanto, es la más favorable para el derecho restringido.

Al llegar al estadio del sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, etapa en la cual se estudia si el medio idóneo y necesario escogido por el legislador para el fomento del fin constitucionalmente legítimo, es más ventajoso y de mayor peso que los principios sacrificados, pues si los perjuicios para los derechos fundamentales del afectado son mayores que el fin o propósito constitucional, el medio sería desproporcional.

Puesto de presente lo anterior, es necesario palpar un poco sobre la interpretación teleológica de la figura jurídica de la detención domiciliaria a favor de la madre o padre cabeza de familia, pues el fin primordial que busca la figura es la protección de los menores y de las personas incapacitadas, es así entonces, la medida no distingue si la sustitución de la detención favorece a un menor hijo de un civil o militar; de acuerdo a los razonamientos expuestos, no es factible a la luz del derecho constitucional excluir a los niños hijos de militares de éste beneficio, pues como ya se indicó en párrafos antecendidos, la medida no es a favor del padre o madre sino es una garantía de estabilización y desarrollo de los menores de edad.

Es evidente entonces, que la rama legislativa excluyó de dicho derecho a los menores hijos de los militares y policiales, arrojando un tratamiento indigno, y de época medieval, a pesar que es la misma Constitución la que ordena que todas las medidas que involucren a los menores de edad deben siempre favorecer a los mismos, pues este principio no solo se encuentra en la normatividad interna sino también a la luz de los nuevos intereses internacionales, verbi gratia en la convención sobre los derechos de los niños, donde se privilegian como sujetos de protección especial.

Llama la atención, la connotación que da el artículo 44 de la carta política a los intereses de los menores, en el cual se dispone un peso mayor a éste principio por encima de otros, pues lo que se visualiza en estos momentos, es que se está sobreponiendo los intereses

institucionales en contra de los interés de los menores, pues si bien es cierto, el legislador tiene la facultad de restringir derechos, en desarrollo de su política criminal y la facultad del *ius puniendi*, esto no quiere decir que referida potestad sea ilimitada, y pueda conculcar pilares del Estado Social de Derecho.

Examinado el párrafo antecedido, se denota a primera vista que referida decisión del legislador no es armoniosa con el principio del interés superior del menor y el principio *pro infans*, pues el contenido legislativo en estudio, da entender que el interés general prima sobre el interés particular, situación que se encuentra proscrita en los derechos fundamentales, pues es necesario realizar un análisis en conjunto de los perjuicios que acarrea la no aplicación de la detención domiciliaria en la jurisdicción penal militar, sin que se pueda estigmatizar que el interés general prima sobre el interés particular.

Pues si bien la omisión legislativa (desarraigo de la detención domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia en la jurisdicción penal militar) va cumplir un fin constitucional como precedentemente se mencionó, igualmente se vislumbra una violación al cumplimiento de una obligación de protección a los menores de edad de mayor peso, luego que los perjuicios que acarrearían a estos en su vida en relación, a su integridad física y moral sería irreversibles; hecha la observación anterior, debemos destacar igualmente que el padre o madre tienen en ese momento la calidad de investigado, a lo cual también sería irracional colocar un peso a los menores que estos no pueden soportar.

Por otra parte, el investigado puede cumplir su aislamiento hacía la sociedad desde su misma vivienda, cumpliendo a su vez con los fines de la medida de aseguramiento como son la protección a la comunidad y a los testigos, comparecencia al proceso, preservación de la prueba y el cumplimiento de la sentencia, y se estaría en igual forma protegiendo a los menores de edad.

Del anterior recuento resulta, que la constitucionalización del derecho procesal penal ha conducido a que cada día se restrinja y humanice la intervención penal, como ejemplo de esta situación es la aplicación de tratados y convenios de carácter internacional referente a derechos humanos mediante el mecanismo del bloque de constitucionalidad (art. 93 CN, 1991) en los procesos penales, con el fin de resolver conflictos de bienes jurídicos que se puedan presentar.

Si bien es cierto, actualmente la institución jurídica de la detención domiciliaria como sustitutiva de la detención preventiva no está contemplada en el digesto punitivo castrense a razón de la especialidad del derecho militar y la libertad de configuración legislativa, también es cierto, que la ausencia de referida figura jurídica afecta derechos fundamentales de mayor peso como son el interés superior de los menores y la familia.

Como es bien sabido el Estado Colombiano está en la obligación de reacomodar su normatividad, a la normatividad internacional, en ese orden de ideas, las leyes de la Republica deben interpretarse acorde con la Constitución y los Convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad, es por ello que el operador judicial debe dar primacía a instituciones jurídicas que sobreponen a la misma especialidad del derecho penal militar y la libertad de configuración legislativa, con el fin haya una seguridad jurídica; de lo que se está refiriendo aquí, es la consecución de la superioridad del interés superior del menor, con el fin de garantizar y beneficiar la formación y el desarrollo del menor.

Es aquí donde el operador judicial debe verificar los posibles perjuicios que se le pueden ocasionar a los menores al no aplicarse la detención domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia en la justicia castrense, e inclinarse en salvaguardar precedidos derechos fundamentales.

Es necesario resaltar de nuevo en este espacio, que el beneficio de la detención domiciliaria aplicada a la madre o padre de cabeza de familia, no es una protección o favor al progenitor o progenitora, sino es un amparo al menor, que no está en las condiciones para salvaguardar sus propios derechos, es así, que si se llegare a negar dicha figura jurídica, el menor quedaría inmerso en el desamparo y la desprotección, lo que acarrearía la vulneración de derechos fundamentales bases de la sociedad y de la misma carta magna.

La Honorable Corte Constitucional ha sido enfática en indicarle a las autoridades públicas que toda medida que involucre los derechos de los niños se debe tener una consideración primordial a que se atenderá siempre el interés superior del menor, es decir, continuamente se debe buscar la preservación y protección de los menores como sujetos de protección especial.

Aunado a lo anterior, es necesario distinguir además, que el principio del interés superior del niño, no solo hace referencia a la sobre posición del goce de sus derechos, sino también a su efectividad, es así que el Estado el cual ostenta el poder punitivo –*ius puniendi*, debe en algunos casos ceder su política criminal a los intereses del menor, el cual puede sentirse afectado por la imposición de una pena o una medida cautelar que recaiga en la madre o padre cabeza de familia.

En ese mismo sentido, la misma convención sobre los derechos del niño en su artículo 9, establece que el Estado debe velar porque el menor no sea separado de sus padres, en resumidas cuentas, cuando el menor solo tiene uno de sus progenitores, el cual es el encargado de su protección, cuidado y bienestar, y éste último sufre alguna medida cautelar, es necesario que el Juez o Magistrado vislumbre los principios que están en juego, con el fin de poder autorizar la aplicación de la detención domiciliaria a favor del niño que se encuentra en inferioridad manifiesta con los demás intereses del Estado.

Dada las siguientes indicaciones, es necesario preponderar, que la prevalencia del interés superior del menor influye en la seguridad jurídica para la aplicación efectiva de la detención domiciliaria a la madre o padre de cabeza de familia en la Justicia Penal Castrense, ya que se encuentran en juego intereses superiores de raigambre constitucional y en sí la base fundamental del Estado Social de Derecho.

Finalmente, el grado de afectación a los principios del interés superior del menor y la familia, es intensa, por tanto, es desproporcional la medida adoptada por la rama legislativa, en proscribir la detención domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia, pues las repercusiones que se pueden ocasionar a los menores serían descomunales a los beneficios que acarrearía el fin constitucional como anteriormente se mencionó, pues la existencia y protección del principio del interés superior del menor, no depende de la voluntad o capricho de la libertad de configuración legislativa.

Es por ello que se concluye, que se debe privilegiarse el interés superior del menor y concederse esta medida sustitutiva de la detención preventiva, por encima de la libertad de configuración legislativa y la especialidad del derecho militar, pues los derechos de los niños tienen una consideración primordial y prioritaria, pues lo que se busca con esto es la preservación y protección de los menores como sujetos de protección especial.

CONCLUSIONES

El presente trabajo se basó en una pregunta de investigación la cual se planteó de la siguiente manera: ¿Cómo influye la prevalencia del interés superior del menor en la seguridad jurídica para la aplicación efectiva de la detención domiciliaria a la madre o padre de cabeza de familia en la Justicia Penal Castrense?, se concluye entonces:

Si bien es cierto, la medida sustitutiva de detención domiciliaria se encuentra ausente en el digesto punitivo castrense (leyes 522, 1999 y 1407, 2010) a razón de la especialidad del derecho militar y la libertad de configuración legislativa, la cual impide de primera mano aplicar la detención domiciliaria a la madre o padre de cabeza de familia, a pesar de que precedida institución jurídica si se encuentra configurada en el derecho procesal penal ordinario (art. 314 ley 906, 2004).

De la misma manera, en reiterativos pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar, han señalado que la Justicia Penal Militar es autónoma e independiente, y como tal cuenta con un régimen punitivo especial que regula sus propias instituciones; sumado a esto la falta de regulación en el canon castrense de la figura de la detención domiciliaria, ha reflejado que dicha inaplicación vulnera intereses superiores como la protección, bienestar y cuidado de los niños, personas incapacitadas o en sí de la misma institución de la familia.

Es por ello que en el trayecto del presente trabajo se logró describir las circunstancias de la inaplicación de la institución de la seguridad jurídica en la detención domiciliaria en la justicia penal castrense, exteriorizando los fundamentos constitucionales y legales que impiden de primera mano a los operadores jurídicos castrenses aplicar la figura jurídica de la detención domiciliaria; así mismo se brindó las herramientas constitucionales y

convencionales que pueden utilizar los Jueces para la aplicación de ésta medida sustitutiva de la detención preventiva.

En cuanto a la supremacía del interés superior del menor para la seguridad jurídica en la aplicación efectiva de la detención domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia en la justicia penal militar, se concluyó que este principio fundante (interés superior del menor) del Estado Social de Derecho, proporciona garantía a los niños, que sus derechos prevalecerán sobre los derechos de las demás personas, buscando su protección integral y goce efectivo, otorgando un trato preferente, de tal forma que se debe garantizar su desarrollo integral y armónico en la comunidad, así mismo, que su existencia y protección no depende de la voluntad o capricho de la libertad de configuración legislativa.

En ese mismo sentido, la misma convención sobre los derechos del niño en su artículo 9, establece que el Estado debe velar porque el menor no sea separado de sus padres, en resumidas cuentas, cuando el menor solo tiene uno de sus progenitores, el cual es el encargado de su protección, cuidado y bienestar, y éste último sufre alguna medida cautelar, es necesario que el Juez o Magistrado vislumbre los principios que están en juego, con el fin de poder autorizar la aplicación de la detención domiciliaria a favor del niño que se encuentra en inferioridad manifiesta con los demás intereses del Estado.

Por consiguiente, y con el fin de sopesar los intereses que se encuentran en conflicto como son el interés superior del niño y el derecho a la familia y en la otra esquina se haya el principio democrático de la libertad de configuración legislativa y especialidad de la normatividad castrense, la investigación tomo como base el ámbito o teoría del Test de Proporcionalidad del maestro Robert Alexis -*ley de precedencia condicional*-, y sus respectivos sub principios (la idoneidad, necesidad y proporcionalidad), y se determinó que debía privilegiarse el interés superior del menor y concederse esta medida sustitutiva de la

detención preventiva, por encima de la libertad de configuración legislativa y la especialidad del derecho militar, pues los derechos de los niños tienen una consideración primordial y prioritaria, pues lo que se busca con esto es la preservación y protección de los menores como sujetos de protección especial.

Por último, es necesario indicar que la solución de éste problema fue desde el ámbito de la validez, porque lo imperante son los valores jurídicos cimientos de la Constitución Política, y esta connotación han puesto en reflexión que la negación de aplicar a favor de la madre o padre de cabeza de familia de la institución jurídica de la detención domiciliaria en la justicia castrense, vulnerara derechos fundamentales de interés superior como los derechos de los niños, el cual no solo se encuentran en la normatividad interna sino también a la luz de los nuevos intereses internacionales.

REFERENCIAS

Doctrina

- Alexi, R. (2017). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Amoros, F. (2012). *Seguridad jurídica*. Madrid: Fundación Sociedad de la Información.
- García, L. (2015). *El interés superior del niño*. México: Instituto de investigaciones jurídicas.
- Guilherme, L. (2012). *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*. Paraná: Universidad Federal de Paraná Brasil.
- Lora, L. (2006). *Discurso jurídico sobre el interés superior del niño*. Argentina: Ediciones Suarez.
- Pérez, A. (2000). *La seguridad jurídica una garantía del derecho y la justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Pradilla, R. (2011). *Aplicación del principio del interés superior del niño como mecanismo para proteger el derecho de los niños y niñas a tener una familia y al no ser separado de ellas*. Colombia: Revista estudio Socio-Jurídicos.
- Sandoval, M. & Tirado, M. (2013). *Fundamentos sociojurídicos en materia penal del adolescente infractor frente al fenómeno del reclutamiento forzado*. Colombia: Revista Viea Inveniendi Et Iudicandi (VIEI). Edit. Universidad Santo Tomás. Num. 38. Bogotá D.C.
- Sandoval, M. (2019). *Interpretación constitucional y legalidad penal de crímenes internacionales*. Colombia: Editorial Librería Jurídica Díké S.A.S.
- Villegas, H. (S.F). *El contenido de la seguridad jurídica*. Lima.
- Williams, J. (S.F). *Una aproximación existencial a la axiología jurídica*. Chile: Revista Chilena de Derecho.
- Zavala, J. (S.F). *Teoría de la seguridad jurídica*. Quito.

Legislación

- Colombia, Congreso de la República (1972), *Se aprueba la Convención Americana sobre derechos humanos*, Diario oficial 33780, 05 febrero.
- Colombia, Congreso de la República (1982), *Ley 2*, Diario oficial 35.928, 21 enero.
- Colombia, Congreso de la República (1991), *Adopción de la Convención sobre los derechos del niño*, Diario oficial 39640, 22 enero.

- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente (1991), *Constitución Política*, 4 de julio.
- Colombia, Congreso de la República (1999), *Código Penal Militar*, Diario oficial 43.665, 13 agosto.
- Colombia, Congreso de la República (2000), *Código Penal*, Diario oficial 44.097, 24 julio.
- Colombia, Congreso de la República (2002), *ley 750*, Diario oficial 44872, 19 julio.
- Colombia, Congreso de la República (2004), *Código Procedimiento Penal*, Diario oficial 45.658, 1 septiembre.
- Colombia, Congreso de la República (2006), *ley 1098*, Diario oficial 46446, 08 noviembre.
- Organización de las Naciones Unidas (1976), *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*. 23 de marzo.
- Organización de las Naciones Unidas (1989), *Convención sobre los Derechos del Niño*. 2 de septiembre.
- Organización de los Estados Americanos (1969), *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José. 22 de noviembre.
- Jurisprudencia**
- Colombia, Corte Constitucional (1994), *sentencia T-015*, magistrado ponente *Alejandro Martínez Caballero*, 25 enero.
- Colombia, Corte Constitucional (1995), *sentencia C-225*, magistrado ponente *Alejandro Martínez Caballero*, 18 mayo.
- Colombia, Corte Constitucional (2001), *sentencia C-1068*, magistrado ponente *Rodrigo Escobar Gil*, 10 octubre.
- Colombia, Corte Constitucional (2002), *sentencia C-709*, magistrado ponente *Alfredo Beltrán Sierra*, 3 septiembre.
- Colombia, Corte Constitucional (2007), *sentencia C-154*, magistrado ponente *Marco Gerardo Monroy Cabra*, 7 marzo.
- Colombia, Corte Constitucional (2008), *sentencia C-318*, magistrado ponente *Marth Jaime Córdoba Triviño*, 9 abril.
- Colombia, Corte Constitucional (2011), *sentencia T-843*, magistrado ponente *Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*, 8 noviembre.
- Colombia, Corte Constitucional (2014), *sentencia T-200*, magistrado ponente *Alberto Rojas Ríos*, 1 abril.

- Colombia, Corte Constitucional (2015), *sentencia T-070, magistrado ponente Martha Victoria Sáchica Méndez*, 18 febrero.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2006), *sentencia T-28840, magistrado ponente Javier Zapata Ortiz*, 12 diciembre.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2007), *sentencia T-29501, magistrado ponente Jorge Luis Quintero Milanes*, 06 febrero.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2011), *sentencia 35943, magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca*, 22 junio.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2017), *sentencia 40282, magistrado ponente Luis Guillermo Salazar Otoro*, 05 abril.
- Colombia, Tribunal Superior Militar (2006), *Providencia 144042, magistrado ponente TC. Rosa Elena Tovar García*, 14 de julio.
- Colombia, Tribunal Superior Militar (2007), *Providencia 154217, magistrado ponente CR. Margarita Rosa Zuluaga*, 30 de julio.
- Colombia, Tribunal Superior Militar (2009), *Providencia 155582, magistrado ponente CN. Jorge Iván Oviedo Pérez*, 11 de marzo.
- Colombia, Tribunal Superior Militar (2011), *Providencia 155214, magistrado ponente MY. Noris Toloza González*, 17 de marzo.
- Colombia, Tribunal Superior Militar (2012), *Providencia 157277, magistrado ponente TC. Jacqueline Rubio Barrera*, 16 de abril.
- Colombia, Tribunal Superior Militar (2013), *Providencia 157815, magistrado ponente TC. Noris Toloza González*, 18 de noviembre.
- Colombia, Tribunal Superior Militar (2014), *Providencia 149650, magistrado ponente TC. Noris Toloza Gonzales*, 16 de mayo.
- Colombia, Tribunal Superior Militar (2014), *Providencia 153591, magistrado ponente TC. Noris Toloza González*, 21 de febrero.
- Colombia, Tribunal Superior Militar (2014), *Providencia 158043, magistrado ponente CR. Camilo Andrés Suarez Aldana*, 19 de agosto.